IN PROCESSV IOANNIS DE ARCAS. SVPER APPREHENSIONE LOCI DE ALFOZEA, IN ARticulo iurisfirmarum, in Regia Audientia vertenti.

Por don Pedro de Altarriba señor de Huerto, repuesto en los derechos de don Francisco de Altarriba su padre.



EN el articulo de lite pendente litigarõ don Francisco de Altarriba señor de Huerto, y doña Esperança Diez de Aux, por muerte de don Luys de Heredia vltimo posseedor de Alfozea.

Doña Esperança dio proposicion, como heredera ab intestato del dicho don Luys de Heredia, por hallarse parienta suya mas cercana ex illa parte vnde bona fluebant, *ex obser. 7. de testamentis.*

Y dõ Francisco de Altarriba la dio como señor de Alfozea post mortem dicti dõ Ludouici de Heredia, en virtud de la vendicion otorgada por doña Ysabel Diez de Aux, señora de Alfozea, madre del vltimo posseedor, en fauor de don Pedro de Altarriba, y para despues de sus dias en fauor del dicho don Francisco su hijo, para en caso que faltassen

faltassen los hijos, y descendientes de la vendedora, como faltaron muriendo el dicho don Luys de Heredia.

A este titulo de la vendicion dicha, opuso doña Esperança; que don Pedro de Altarriba mediante instrumento auia reconocido, y confessado, que la dicha vendicion auia sido imaginaria, ficta, y en fe, a vtilidad y beneficio de la vendedora, sin auer passado ni recebido precio alguno, y cedio todos sus derechos en fauor de la misma doña Esperança, queriendo y consintiendo que la vendicion fuesse cancellada en su nota original, y no surtiesse mas effecto que si hecha, ni otorgada no huuiera sido.

Y porque era cierto que dō Pedro de Altarriba no auia podido perjudicar con el reconocimiento a don Francisco su hijo que tenia derecho por su propria persona, alegò doña Esperança, y se esforço a prouar, que era herede su padre, de quien auia heredado y posseya muchos bienes libres de mayor estimacion que el lugar de Alfozea, y que assi no podia contrauenir ni replicar a el acto de reconocimiento, *ad tex. in l. filius familias, §. cum pater, l. vnum ex familia, §. sed si vno, & §. sed & si fundum delegat. 2.* con la regla de la *l. ex qua persona, ff. de reg. iur. l. cum a matre, C. de rei vendicat.*

La parte del señor de Huerto replicò, Que aūque su padre le huuiesse podido causar perjuyzio, le falto la voluntad: porque en el reconocimiento hablò solamente de su proprio derecho, sin tratar del de su hijo, ni estar en el cōprehendido, y que assi auia de obtener con el titulo de la vendicion, porque todos los actos humanos toman su ser del poder y voluntad, y faltando qualquiera dessas dos circunstancias, no tienen valor. *Bal. in l. 1. nu. 4. ff. de legib. late Card. Tusch. tom. 1. lit. A. conclu. 126. Salgad. de Reg. protect. 4. par. cap. 13. nu. 7. fuse Castill. controuers. lib. 4. cap. 5. a princ.*

Cō esto se pronuncio el articulo de lite pendente en fauor del señor de Huerto. Si bien huuo discordia, porque fueron los votos tres y dos. Los tres señores Consegeros que hizieron sentencia se fundaron, en que don Pedro de

Altarriba

Altarriba en el reconocimiento dicho solo trato de perjudicarse a si mismo en el derecho que tenia adquirido, y podia adquirir por la vendicion: pero no del derecho perteneciente a don Francisco su hijo. Y que aunque en el acto del reconocimiento auia palabras que parecia eran comprehensiuas del derecho del hijo, essas estauan colocadas en las clausulas executiuas, y no ampliauan las dispositiuas precedentes, *ad tex. in clement. 1. de elect.*

Los otros dos señores Consegeros entendieron, que en el reconocimiento auia palabras comprehensiuas del derecho de don Francisco de Altarriba, a que no podia cõtrauenir, y que no eran executiuas, sino principalmente dispositiuas.

Desta sentencia se hizo eleccion de firma, y en ella se confirmò concordi Dominorum suffragio. De suerte, que de los diez votos de las dos instancias, tuuo el señor de Huerto los ocho en su fauor. Cuyos motiuos satisfazẽ de manera a las instancias delos dos votos contrarios, que no dexan razon alguna de dudar.

No se quieto con esto doña Esperança Diez de Aux; antes passo el processo al articulo de firmas que oy se trata, deduziendo los mismos meritos.

Por parte del señor de Huerto sele ha replicado lo mismo que en la lite pendente. Y aunque su justicia es tan clara como muestran los motiuos de los ocho. Ha produzido vn codicillo de doña Ysabel Diez de Aux vendedora, en que con atendencia de la dicha vendicion, y calendandola, dispone, que se obseruen y guarden las sucessiones, vinculos, y condiciones en ella contenidas, como en ella se contiene. Del qual infiere, que aun en caso que su padre le huuiera podido y querido perjudicar en el derecho que tenia por la vendicion. Este codicillo que contiene nueua disposicion, se lo atribuye para excluyr a la otra parte que pretende como heredera ab intestato de don Luys de Heredia, puesto que el codicillo lo graua a fauor del dicho dõ Pedro de Altarriba, y despues de sus dias

a fa-

a fauor del dicho don Francisco de Altarriba su hijo, por la relacion que expressamente haze a los vinculos y condiciones contenidas en la vendicion.

Segun lo dicho, serã doslos articulos deste discurso. En el vno se fundara, que los motiuos de los ocho señores que tuuieron por limitado el reconocimiento a los derechos de don Pedro de Altarriba fueron justissimos.

Y enel otro, que quando por el dicho reconocimiento o por otra qualquiera causa estuuiera verificado que la vẽdicion fue imaginaria, o que don Pedro de Altarriba pudo, y quiso perjudicar a su hijo. El codicillo de doña Ysabel Diez de Aux atribuye al señor de Huerto nueuo y efficaz derecho para excluyr la sucession intesttestada, con que la otra parte se incluye.

ARTICVLO PRIMERO.

El reconocimiento de don Pedro de Altarriba no comprehendio el derecho de don Francisco su hijo, por defecto de voluntad.

EN el articulo de litẽ pendente, pretendio la otra partẽ persuadir, que aun abstrayendo el reconocimiento de don Pedro de Altarriba, fue aquella vendicion simulada. Pero como el instrumento tiene por si la presumpcion de verdad, *Bal. in l. quoties in fin. C. de iudic. Dec. cons. 36. num. 2. latißime Tiraquel. de retract. lignag. §. 2. glo. 1. nu. 20. & seqq. Bardell. cons. 34. nu. 21.* Y aunque la simulacion se puede prouar ex antecedentibus & subsequẽtibus, vt asserit Gratian. *tom. 2. discept. 207. nu. 10. Valenz. cons. 173. nu. 12. tom. 2.* No se hizo caso desta pretension en las dos instancias, ni aun por los dos votos que fauorecieron la parte de doña Esperança, porque no se verificò causa alguna de sospecha que pareciesse releuãte. Quare vestigia maiorum insequendo, puesto que en este processo no ay meritos nueuos para este punto, no pare-

se necessario gastar tiempo en tratar de la simulacion pretendida.

Llegando pues a la materia propuesta en el titulo de este Articulo, se dize, que por la misma letra del acto del reconocimiento que otorgò don Pedro de Altarriba se manifiesta, que solo tratò de perjudicarse a si solo en su derecho, dexando illeso el que pertenecia a dõ Francisco su hijo: porque en las palabras dispositiuas solo hablo de su derecho, y de su persona, como dellas se muestra, que son las siguientes.

Reconozco, confiesso, y otorgo por mi, y los mios, presentes y aduenideros, que la dicha vendicion de los dichos Castillos, Lugares, Pardinas y bienes de parte de arriba confrontados, y especificados a mi fecha y otorgada; fue hecha y otorgada por ciertos fines y respectos, en fe, y por cubierta, y a vtilidad y prouecho de vos dicha señora doña Ysabel Diez de Aux; y de aquella, ni del precio de los dichos trecientos mil sueldos Jaqueses mencionados en la dicha y precalendada vendicion, no he pagado precio, ni cosa alguna. Et todo e qualquier derecho que por la dicha y precalendada vendicion me ha sido adquirido, o se me ha podido adquirir de presente, o para empues de la vida de la dicha señora doña Ysabel Diez de Aux, lo renuncio, y transferezco en la dicha señora doña Ysabel Diez de Aux, y en quien ella querra, aora para entonces, y de entonces para aora.

Estas son todas las palabras dispositiuas del reconocimiento, de las quales para la personalidad, y limitacion a la persona del otorgante se pondera que dixo, *a mi fecha y otorgada*. Siendo assi, que no solo se otorgô en su fauor sino tambien de don Francisco su hijo. Y en otra parte dize el mismo acto, *no he pagado precio, ni cosa alguna*. Y en la vendicion confiessa la vendedora auer recebido el precio de los dos. Y en otra parte en la cession del derecho dize, *me ha sido adquirido, o se me ha podido adquirir*, que todo fue hablar con pronombres denotantes personalidad,

nalidad, discreció y distinció entre el drecho del padre que se renunciaua, y el del hijo que quedaua illeso. Quare, fere in his terminis *Felin. in l. qui Roma, §. duo fratres, nu. 60 de verb. obliga.* docuit, hanc renuntiationem personalem esse, quia renuntiationes sunt stricti iuris, & strictissime intelliguntur, tam respectu rerum ac iurium, quam personarum, *l. qui cum tutoribus, ff. de transact. l. si de certa, & l. sub prætextu la 2. C. eodem, Granet. cons. 42. nu. 2. 3. Tiraquel. de retract. §. fin. nu. 98. Steph. Grat. tom. 2. discept. 346. nu. 4.* vbi quod in dubio personalis est iudicanda renuntiatio: melius ipse Author *tom. 3. discept. 557. nu. 35.* ibi, *Sed etiam quia ex verbis eiusdem renuntiationis clare apparebat, illam fuisse factam per renuntiãtem ad fauorem nominati in instrumento, & eius successorem, quorum persona cum fuerit contemplata, sequitur quod dispositio sit personalis.*

La vendicion habla con las dos personas de padre, y hijo en la translacion de los derechos, en la obligacion delos cargos, y paga de censos con que les vende, y en la confession de auer recebido el precio. Y en la aceptacion que haze don Pedro de Altarriba dize, que acepta la dicha vendicion *por si, y en nombre del dicho don Francisco su hijo.*

Y en el acto de renunciacion y reconocimiento segun leemos en las palabras supra escritas, habla don Pedro de Altarriba solamente de su persona, del derecho que a el le pertenecia, y del precio que el auia pagado.

Y esta discretiua locucion del mismo don Pedro, que en la aceptacion habla de si, y de su hijo, aceptando por los dos, y en el reconocimiento de si solo; descubre mas su intento, de no auer querido perjudicar a su hijo, quasi ex tali discretione loquentis, sit certificata mens illius, ad ea quæ notat *Bart. in l. Centurio, num. 27. ff. de vulgar. Dec. in l. semper in stipulationibus, nu. 7. ff. de regul. iur. Alex. cons. 197. nu. 3. vol. 6. Corn. cons. 138. col. 3. vers. & ex consuetudine, lib. 4. Socin. iun. cons. 81. nu. 18 lib. 3. & cons.*

& conſ. 50. nu. 9. in 4. Surd. conſ. 431. num. 49. in 3. & in ſpecie renuntiationis *Gratian. tom. 5. diſcept. 986. nu. 25.*

Facilimum ei fuiſſet filium nominare, & ius filij exprimere. Quod cum ommiſſerit, ſcienter, & cum miniſterio ommiſiſſe dicendum eſt, *l. vnic. §. ſin autem, C. de cadu. toll.* ibi, *Nam ſi teſtator contrarium volebat; nulla erat difficultas illud exprimere.* vt in ſimili arguunt plures cōgeſti à Pedrocha *conſ. 3. nu. 51. Honded. conſ. 57. nu. 32. Socin. iun.* que dixo era eſte argumento fortiſſimo, *conſ. 26. nu. 6. 7. lib. 4. Caſana. conſ. 45. nu. 161.* dicens, nullum mentis noſtræ maius eſſe teſtimonium, quam verborum qualitas, *ex Bal. in l. generaliter in prin. C. de non numerata pecun.*

Y ſi en la forma y modo de hablar en eſte acto de reconocimiento pudo tener parte el notario que lo teſtificò, ſacaremos el miſmo argumento, porque fue el miſmo Franciſco Lizana que teſtificò la vendicion, que no ignoraua ſu ſuſtancia, ni que ſe auia otorgado en fauor de don Pedro, y don Franciſco ſu hijo, y ſi le huuiera explicado que dō Pedro tenia voluntad de hablar de los dos, y comprehender los dos derechos, lo huuiera eſcrito en el acto claramente, y ſi no lo hizo, fue por auer entendido lo contrario, auiendoſe de preſumir que en otorgamiento de actos entre perſonas de tanta calidad, y de otras qualeſquiera, ſe procuraria informar el notario ſuficientemente de la voluntad del otorgante, para cumplir bien con la obligacion de ſu oficio. Et cum circa ſupradicta, verba clara inſtrumenti de quibus hucuſque, dubitationem tollant, exiſtimaui circa ea nil aliud quærendum.

En el miſmo inſtrumento ſe ſiguen inmediatamente las palabras ſiguientes.

Et quiero, y expreſſamēte conſiento, que la dicha y precalendada vendicion de los dichos Caſtillos, Lugares, y otros bienes de parte de arriba calendados, en la nota original donde eſtà continuada, ſea legitimamente por el dicho Franciſco Lizana notario aquella teſtificante, o por

otro qualquiere successor suyo en sus notas cancellada, borrada, y anullada, bien assi como si hecha, ni testificada, ni pensada, ni otorgada no huuiera sido; en tal manera, que en juyzio ni fuera del, fe alguna no le pueda ser atribuyda, ni dada.

Este periodo fue la causa de la discordia, y contraria inteligencia de los dos votos de la primera instancia, contra los tres de la misma, y cinco de la eleccion de firma. Y estuuo principalmente el encuentro, en q̃ los dos tuuierõ las palabras dichas por principalmente dispositiuas. Y los ocho las juzgaron por clausula executiua, accessoria a la disposicion atecedente, para que se huuiesse de entender en quanto tocaua al derecho de don Pedro de Altarriba tan solamente, retentis terminis præcedentis dispositionis, por la propria naturaleza de las clausulas executiuas, quæ non ampliant, nec extendunt dispositionem, ex *d. clement.* 1. *de præbend.* que declara è induze en dos partes para la prueua desta conclusion el señor Reg. Sesse, *decis.* 24. *nu.* 3. con *Osasc. decis.* 164. que discurre largamente sobre estas clausulas, juntando en prueua de la cõclusion dicha, clausulæ executiue non ampliant, los que refiere Barbos. *in collect. ad d. clement. nu.* 3. *& in tract. de claus. vsufreq. claus.* 60.

Segun esto, la dificultad deste punto viene a consistir, en aueriguar, si las palabras supra proxime escritas, tendunt ad executionem, & complementum dispositionis præcedentis, quæ de persona D. Petri, & iuribus suis tãtum loquitur. Vel etiam principaliter disponendo, proprie dispositiua dici possint.

Y aunque en esta materia han hablado, y discurrido mucho los Doctores, como se puede ver en lo que juntò Castill. *controuers. iuris lib.* 4. *cap.* 48. *per tot. præcipue nu.* 4. y otros que añadio *Barbos. in locis supra proxime.* No constituyen regla cierta para conocer quales palabras, o clausulas de vna escritura, seran dispositiuas, y quales executiuas. Solo se colige de su lectura, que se ha de hazer

esta

esta distincion, que es la que mas conduze al conocimiento desta dificultad. Que si la disposicion principal es en si perfecta, todas las demas clausulas que se subsiguen son executiuas, particularmente si estas respiciunt faciliorem exitum, & complementum principalis dispositionis, vt ita præsupponitur *in d. clemen. 1. de præben. & post Dec. cons. 305. col. fin. tradit Franc. de Pont. cons. 57. num. 54. Rauden. de analog. in appendice 4. par. nu. 7.* & colligitur ex *Vincenc. de Franch. decis. Neapol. 6. per tot. & & ex M. Ant. Natt. cons. 582. a nu. 2. lib. 3. Bal. cons. 339. pater & filius, per tot. lib. 2. Card. Tusch. tom. 1. lit. C. concl. 312. nu. 26. Sesse decis. 24. nu. 5.* Y mas claramente el señor Fiscal Casana. *in responso pro Marchione de Aitona*, aduersus Reg. fiscum, & locũ de Vallobar, *glo. 33. n.* 357. sic subdens, *Denique, ad cognoscendũ quando clausula intelligatur apposita in dispositiuis, vel executiuis Doctores dicunt, quod semper quando principalis dispositio in se est perfecta, omnes aliæ clausulæ erunt executiue. Secus vero vbi clausulæ apponuntur, in corpore dispositionis, & in ipsius verbis substantialibus, vel respiciunt substantiam ipsius dispositionis, & in ipsamet principali dispositione effectum suum consummant, & non ponuntur ad exequendam principalem dispositionem iam perfectam sed ad illam perficiendam, & in esse producendam.* Quæ quidem distinctio proponitur similiter a Gratian. *tom. 4. discept. 609. nu. 13. ex Rot. decis. 294. nu. 7. par. 2. in recentior. & Osasc. decis. 164. nu. 2. in fin.*

La distincion dicha, que es la que mejor declara el modo de dicernir lo decisiuo, de lo executiuo, aplicada a nuestro caso, muestra con toda claridad, que la clausula sobre escrita que comiença, *Et quiero*, es executiua, y que mira, y respecta, no a induzir nueua substancia en la disposicion, sino a su execucion, y mayor cumplimiento. Porque el periodo antecedente contiene con toda perfecciõ la disposicion a que se encaminò la voluntad de don Pedro de Altarriba, rematando en sentido perfecto, claro, y patente. Y luego en periodo separado entra la clausula,

C   *Et*

Et quiero, & expressamente consiento, &c. Cō que segun la distincion dicha, es clausula executiua, porque le precede disposicion perfecta; y porque para mayor seguridad y firmeza de lo precedente, quiso don Pedro, que el instrumento de la vendicion fuesse cancellado, y auido por no hecho, ni otorgado.

Porque de la suerte que enla celebracion de vn contracto, el reduzirlo a instrumento, no muda ni altera su ser, y sustancia, quia instrumentum nil ponit in esse cōtractus, & solum pertinet ad probationem, *l. cum res, C. de probat.* & aliud est instrumentum, & aliud contractus, sicut continens, & contentum, *l. non figura, de act. & obligat.* declarat *Bart. in l. si quis legatum nu. 2. vers. aduerte de fals.* & instrumentum non contractus substantiam, sed scripturam respicit, *l. contrahitur de pignoribus*, quæ, & alia ad propositum cumulat Fontan. *de pact. claus. 6. glo. 3. par. 7. nu. 66. & seqq. Bardel. tom. 2. cons. 112. num. 8. Canc. lib. 2. var. cap. 3. nu. 29. Seraphin. de priuil. iuram. priuil. 34. num. 20.* y el fin a que ordinariamente se celebran los contractos in scriptis es, vt facilius ad executionē perducantur. Bien assi, el que despues de auer rescindido vn contracto, consiente que el instrumento sea cancelado; cancellatio non respicit substantiam rescissionis cōtractus, sed probationis destructionem, quæ ad executionem non ad substantiam pertinet. Et consequenter, facto argumento a contractu ad distractum, quod in iure validum est, & à pari procedunt, *l. Pomponius, §. præterea, ff. de acquir. possess. l. de tutella, C. de integr. restit.* cum alijs adductis à *Barbos. loco 26. nu. 11. 12.* De la suerte que el instrumento no tuuo parte en la sustancia de la vendicion, sino en la prueua, y en su execucion. No puede tener parte en la cancellacion del mismo instrumento en lo dispositiuo del reconocimiento, vt ortus, & interitus par ratio sit. Y assi quanto quiera que las palabras del consentimiento de la cancellaciō sean pregnantes, todas ellas hablan con el instrumento, como lo reconoce el motiuo contrario, sin poder alterar la disposicion principal, quia

accessorium naturam sequitur principalis, non e contra. Et actus veniens in executionem alterius, nō alterat eius naturam, sed debet intelligi, eo modo quo ille. *Valenz. cons.* 33. *nu.* 107. *Castill. de tertij, cap.* 8. *nu.* 7.

Accedat, que en lo dispositiuo deste reconocimiento se halla clara y manifiesta la voluntad, en quanto habla don Pedro de Altarriba limitadamente, de su persona, y de sus derechos. Y si por la clausula siguiente de la cancellacion diessemos comprehension de la persona de su hijo, y de los suyos, ampliando lo precedente, que en materia odiosa, y de interpretacion estrecha, como esta, no se deue admitir, *Marta de claus.* 4. *par. claus.* 21. *nu.* 11. Dariamos con el absurdo de la correccion inmediata, que no se presume, *l. non ad ea, ff. de condit. & demonstr. l.* 1. *vbi Bal. C. per quas pers. nob. acquir.* cum similibus. Caso en que aunque fueran palabras dispositiuas las de la cancellacion, se auian de limitar a lo precedente, vt euitaretur correctio, vt in specie *Osasc. præallegat. decis.* 164. *num.* 5. & cum eo *Sesse d. decis.* 24. *nu.* 4. A que se ajusta mucho la resolucion de Bal. *in d. cons.* 339. *pater & filius, lib.* 2. dōde resuelue, que si el padre y el hijo se obligan ala restitucion de vna dote cada vno por parte della; aunque en lo siguiente aya palabras que puedan induzir obligacion por el todo, se han de entender segun la limitacion precedente, ita vt pater in solidum conueniri nō possit, allegalo *Tuscho d. concl.* 312. *nu.* 38.

De que resulta, que las palabras y clausulas que los motiuos de los dos votos contrarios tuuieron por dispositiuas, fueron accessorias a la disposicion principal, y executiuas, vt non amplient præcedentem dispositionem. Cō que siempre se ha y deue juzgar, que el reconocimiento quiso causar perjuyzio a don Pedro, y no a dō Francisco su hijo, como lo califican los motiuos de los ocho votos desta parte, magistrales, doctos y graues.

Dize el motiuo contrario, que por ser el instrumento indiuiduo; quien quiso fuesse cancellado; quiso extinguir todo el derecho que en el se comprehendia tam respectu filij,

filij, quam patris. Y esta proposicion no es segura en derecho. Antes es cierto, que el instrumento puede ser cancellado respecto de parte de lo que en el se contiene, quedando en su fuerça para lo demas, como seria, si se cancellasse con atendencia y causa que se pagò parte del debito, que la cancellacion se limita a su causa. Et quoad alia remanet instrumentum, ac si non fuisset cancellatum, vt est tex. *in l. 2. ff. de his qui in testam. del. vbi Bart. nu. 2.* docet, quod si ex pluribus condemnatis vnus soluat, & cancelletur condemnatio, poterit nihilominus exequi sententia contra alios, quia cancellatio facta fuit ob solutionem vnius, & non extenditur ad alium, sed ad suam causam restringitur, probat in eisdem terminis Surd. *cons. 16 nu. 15. vsque ad 20. lib. 1.* & post eum *Gratian. tom. 2. discept. 336. num. 32. 33. & Intrigliol. cons. 27. num. 15. & seqq.*

De que se infiere, que auiendo sido la voluntad de dō Pedro de Altarriba limitada a la renunciacion de su derecho, como se ha prouado. La cancellaciō no repugna por lo indiuiduo del instrumento, quia diuiditur respectu causæ cancellationis. Con que las palabras, *Como si hecha, ni otorgada, ni pensada no huuiera sido,* se han de entender, en quanto al derecho de don Pedro, ya por ser executiuas, ya por auerse de limitar la cancellacion a su causa.

Esto se declara, con lo que disputan los Doctores en terminos de la *Extrauag. ambitiosæ de reb. Eccles. non alienan.* la qual prohiuiendo la locacion delos bienes Ecclesiasticos por mas de tres años, irrita las que excedan, con estas palabras: *Nullius omnino sit roboris, & momenti.* Muchos tuuieron, que la locacion era en todo nulla, por la fuerça de la palabra, *omnino.* Y otros muchos, que solo era nulla respecto del exceso. Y Barbos. *in Pastor. 3. par. allegat. 95.* que refiere las dos opiniones, *num. 5. & 8.* las reduze a concordia, *a nu. 11.* diziendo, que quando el tiempo permitido es inseparable del illicito, non valet locatio, etiam quoad tempus permissum, quia in indiuiduis vtile per inutile vitiatur. Pero si el tiempo del excesso

cesso se puede diuidir (que esso depende de lo que aduierte el mismo *Barbos. num.* 12.) tunc valet locatio quo ad triennium.

Que a nuestro proposito es dezir, que pues los derechos de don Pedro, y don Francisco eran distinctos, y para diuersos tiempos, y la cancellacion diuisible como se ha prouado: las palabras dichas, *como si hecha ni otorgada no huuiera sido*, se deuen entender, respectu iuris don Petri, quia locuntur in materia diuisibili, y se excluye la consideracion del motiuo contrario fundada en lo indiuisible del instrumento, y cancellacion.

Ex quibus satis manifeste deprehenditur periodum siue clausulam suprascriptam, loquentem de cancellatione instrumenti venditionis; potius executiuam & accessoriam, quam principaliter dispositiuam iudicandam, vt retentis terminis præcedentis dispositionis intelligatur, non extendendo, nec ampliando. Non obstantibus ex aduerso magis subtiliter, quam iuridice perpensis.

En otro fundamento insiste la parte cõtraria, a el mismo intento, de que el reconocimiento de don Pedro de Altarriba perjudique a don Francisco su hijo, que son aquellas palabras de la vendicion, *Y a quien vos y ellos mas querreys respectiue*: en que pretende se le dio facultad a don Pedro para disponer de los bienes vendidos, como lo hizo despues en el reconocimiento y cession. El qual fundamento lo fue tambien del motiuo contrario, in illis verbis: *Et etiam quod venditio ipsi patri, & quibus ipse voluerit facta fuit, ex quibus verbis libera disponendi facultas data & concessa videtur, &c.* Pero a la verdad no tiene subsistencia, por las razones siguientes.

La primera, porque aunque (sin perjuyzio de la verdad) concediessemos, que pudo don Pedro disponer. Reincide este presupuesto en la duda de la voluntad, cum nõ sufficiat potestas, nisi adsit voluntas, vt supra diximus. Y, como queda fundado, etiam quod potuisset noluit.

Lo segundo, doña Ysabel Diez de Aux formò esta vendicion

dicion con fideicomisso, en que se grauò a si misma, y a sus hijos y descendientes post mortem, en fauor de don Pedro, y despues de sus dias en fauor de don Francisco y de sus hijos y descendientes legitimos que fuessen señores de Huerto. El qual fideicomisso lo declara y repite en quatro partes de la vendicion, para que se descubriesse el firme proposito de los contrayentes, que fue vnir los bienes vendidos a la sucession del lugar de Huerto, quæ quidem reiteratio, repetitioque enixam contrahentium voluntatem demonstrat, *ad tex. in l. balista, ff. ad Trebell.* Y assi es vana consideracion pretender, que las palabras, *y a quien vos, y ellos mas querreys*, corrijan vna disposicion que con tanto proposito determinaron, y tantas vezes repitieron, *d. l. non ad ea de conditio. & demonstrat.* eleganter text. *in l. coharedi 41. §. qui patrem, ff. de vulg. & pupil.* in qua specie, patre & filio hæredibus pro parte institutis, & inuicem substitutis, & alijs cohæredibus in residuo datis, subiungit testator in hæc, *Hos omnes inuicē substituo.* Era la duda, si en esta substitucion se comprehendian el padre y el hijo instituydos en parte, y substituydos entre si por las palabras vniuersales, *hos omnes*, y reconociendo el I.C. que era question de voluntad, resuelue que no los comprehende, *propter specialem inter patrem & filium substitutionem.* Y yo entiendo, que en este texto ay otra razō de decidir, ne detur absurdum immediatæ correctionis, porque la substitucion reciproca entre padre y hijo haze successor al substituto de la porcion entera del coheredero, y mezclandose en la vniuersal siguiente, auiā de hazer parte los demas herederos, y era correccion inmediata, cum semper sumi debeat interpretatio, per quā tollatur contrarietas, & repugnantia, *Bart. in l. fin. §. idē quæsijt, nu. 3. de condict. indeb. Crauet. cons. 70. num. 22. & in respon. pro gener. nu. 301. Surd. cons. 357. nu. 1. 23. 24. lib. 3.*

Decide nuestro caso en proprios terminos Alex. *cons. 226.* cuyos fundamentos desde el *num. 4. hasta el 7.* son effi-

efficacissimos, y pueden seruir por allegacion en este punto. Siguele *Fusar. de substit. q.* 547. (es muy breue) donde dize, que con este consejo de Alex. obtuuo en pleyto de los mismos terminos, funda el intento largamente Castill. *controuers. lib.* 5. *cap.* 89. *nu.* 148. *vers. deinde, & numer. sequent.* rematando *en el. num.* 151. desta suerte. *Et licet non sit nouum, vt quibusdam enumeratis, generale subyciatur verbum, specialia complectens, l. si seruus seruum*, §. *inquit lex, ff. ad l. Aquil. tamen receptissima est doctrina, quod si præcedit specialis prouisio, sequens clausula generalis, siue vniuersalis, nunquam derogat, neque interpretatur præcedentem, sed specialis restringit generalem ad casum specialem, ad quod plura iura & autoritas cumularunt Crauet. &c.*

Lo tercero. La palabra, *respectiue*, ibi, *y a quien vos, y ellos mas querreys respectiue*, manifiesta la conciliació de la substitucion de don Francisco despues de los dias de su padre, con la facultad que parece induzen las palabras, *y a quien vos, y ellos, &c.* entendiendo la permision en todo lo compatible con las substituciones, para que cada vno de los contemplados en su vida pudiesse gozar, y disponer de los bienes como señor dellos, non absolutè, sed saluo iure substituti, & cum sua qualitate temporali, *ad tex. in l. peto, §. prædium, ff. de legat.* 2. ibi, *Tandiu retinere emptor potest, quandiu debitor haberet, bonis non venditis*, como en los fideicomissos y mayorazgos que no contienen expressa prohiuicion de agenar, vale qualquiera disposicion del posseedor, entre tanto que la condicion, o caso de la restitucion no se verifica, *ex d.* §. *prædium, l. non ideo minus, C. de rei vendicat.* & ex his quæ litate adducit Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 20. *a num.* 1. *& num.* 14. vbi expresse fatetur, quod sola prohibitione legali extante, permittitur alienatio ad vitam grauati, vel dum casus restitutionis non venerit. Inconueniens enim non est, vt bona interim attento præsenti statu quasi libera sint, postea vero in euentu alicuius conditionis, vin-

culo

culo ſuppoſita manere, vt ex alijs animaduertit *Caſanat. conſ. 49. nu. 34.*

De que ſe aduierte, con quanta razon y fundamento los cinco ſeñores Lug. Ten. que votaron en conformidad en fauor deſta parte, dieron ſatisfacion a las palabras, *y a quien vos y ellos mas querreys, &c.* deſta manera, *Nã verbum*, reſpectiuè, *omnem voluit dubitationem tollere, per quod venditrix ſingulis emptoribus reſpectu ſuorum iurium tantum, eam alienandi facultatem tribuere videtur. Et ſi alias intelligamus, abſurdam interpretationem, & contra naturam actus, & materiam ſubiectam, & mentem denique venditricis, Franciſci ſucceßionem contemplantis admitteremus.*

Y concluyo en quanto a eſte punto y articulo con la doctrina puntual de Steph. Grat. *tom. 3. diſcept. 539. nu.* 14. cuyas palabras ſon eſtas. *Neque oberit, quod in caſu noſtro reſeruatio patris eſt concepta per verba libere diſponendi quandocumque placuerit abſque vlla reſeruatione in vita. Quia in principio decreti pater prohibuit diſpoſitionem filijs durante vita ipſius, & poſtea illam reſeruauit quandocumque. Vnde eſt intelligenda prædicta clauſula vita durante, ne detur correctio in eodem inſtanti, cum ſemper ſumi debeat interpretatio, per quam tollatur contrarietas, & repugnantia.*

ARTICVLO SEGVNDO.

El codicillo de doña Yſabel Diez de Aux aſſegura la juſticia del ſeñor de Huerto.

ESTE codicillo es documento nueuo eneſte proceſſo y articulo de firmas. Y para fundar que con la diſpoſicion que en el ſe contiene ſe purga qualquiera defecto de la vendicion (quando lo tuuiera) y que aunque el reconocimiento de don Pedro de Altarriba donde la confieſſa ſimulada, huuiera cauſado perjuyzio a don Franciſco

cisco su hijo y a sus sucessores en el lugar de Huerto, fue, y son legitimos sucessores del lugar de Alfozea, se supone lo siguiente.

Que la vendicion se otorgò en Eenero de 1546. El codicillo en Setiembre del año siguiente de 1547. estando ya casada doña Ysabel Diez de Aux con don Carlos Fernandez de Heredia que fue Conde de Fuentes. Y el reconocimiento de don Pedro de Altarriba se otorgò el año 1554. viuiendo la dicha doña Ysabel.

Pero aunque el otorgamiento del codicillo fue anterior al reconocimiento, se ha de juzgar posterior, por ser disposicion de vltima voluntad deambulatoria, y reuocable, que tiene su fuerça desde el dia de la muerte, *l.* 1. *&* 3. *ff. deleg.* 3. *§. in summa instit. de donat. caus. mort. §. legatum instit. de legat. cap. cum morte de celebrat. Miss. l.* 1. §. 1. *ff. deleg.* 3. ibi, *Quasi nunc datum cum mors ei contigerit.*

En este codicillo, con atendencia de la vendicion, y calendandola dize la codicillante.

Que se guarden las reseruaciones, vinculos, successiones, y condiciones en ella contenidas, auiendola podido hazer, y otorgar, como en ella se contiene, iuxta su serie, cōtinencia, y tenor, como sea mi voluntad. Y suplico y encargo al dicho señor de Huerto, que si lo que yo ordeno en dicho mi vltimo testamento, y en el presente codicillo, excedera mas de lo que yo me reserue en dicha vendicion, su merced, no auiendo cumplimiento de mis bienes, lo cumpla de sus bienes realmente y de hecho.

Supuesto lo dicho, quando le confessassemos a la parte contraria, que la vendicion fue simulada, y que el reconocimiento de don Pedro de Altarriba pudo perjudicar a don Francisco su hijo. Este codicillo cō nueua voluntad, y dando nueuo titulo a los contemplados en el fideicomisso, confirma y dispone de nueuo su llamamiento y derecho, vt probatur *in l.* 1. §. 1. *ff. delegat. & fideicommiss.* 3. ibi, *Quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum*

mentum non valet, sed valet si alias fideicommissum quis reliquerit. Vbi glo. *verbo si alias*, inquit, *Puta in codicillis, vel epistola. l. legata inutiliter, ff. de legat.* 1. Et est punctualis tex. *in l.* 1. *C. de codicill.* cuius hæc sunt verba, *sed cum post ruptum testamentum patrem pupillorum vestrorum literas emissæ proponatis, quibus præcedens iudicium confirmauit, Prætor nihil contra ius fecit, si nouissimam eius voluntatem secutus, relictum testamento reipublicæ fideicommissum, vt ex codicillis relictum præstandum esse pronuntiauit.* Bart. *in d. l.* 2. *§.* 1. *num.* 7. *vers. aduerte, ff. de legat.* 3.

Si le damos credito a la confession de don Pedro de Altarriba, que en el reconocimiento dize, que la vendicion fue simulada a vtilidad y beneficio de doña Ysabel Diez de Aux vendedora: fue nullo el contracto de la vendiciõ, ex defectu consensus, quia partes simularunt venditionem, nihil in veritate agentes, qua in simulatione omnino deficit consensus, como lo declara Bardell. *cons.* 34. *nu.* 26. Y en este caso, quando la primera disposicion es nulla ex defectu cõsensus, y la ratificacion, y confirmacion depende del suplemento de la voluntad que faltò en el acto que se ratifica, y confirma, sumit initium dispositio ex nunc, ab actu confirmationis, vel ratificationis, quasi confirmans de nouo faciat, non vero ab actu prius facto, *d. l. legata inutiliter* 19. *in princ. ff. de leg.* 1. cum alijs iuribus supra allegatis, y lo resuelue en esta conformidad Stephan. Gratian. *tom.* 2. *discept.* 312. *nu.* 54. his verbis, *Colligitur ex prædictis, quod per repetitionem oritur confirmatio actus in vltimis voluntatibus, quasi confirmans de nouo faciat, maxime quando dependet a mera voluntate confirmantis, vt procedat in repetitione eiusdem voluntatis, in actu valido, ordinato ex se ad illum effectum, quando videlicet inutiliter est factum legatum, quod postea repetitum est codicillis: huiusmodi enim legatum remanet validum in codicillis, non in actu prius facto.* A exemplo de los contractos condicionales, sub conditione potestatiua, & à voluntate

luntate partium dependenti, que se dize auerse celebrado el contracto el dia que la condicion se cumple, *vt in l. Titius, ff. quæ res pig. oblig. non poss. l. 1. in princ. l. potior, ff. qui potior. l. si quis priore, ff. ad Trebell.* & vtrobique Scribentes.

Y si se considera, que en este codicillo se dispone relatiue a los vinculos contenidos en la vendicion, es sin dificultad que se les adquirio derecho a los llamados, no en fuerça de la vendicion, sino en fuerça del codicillo, nam verborum relatiuorum propria natura & significatio est, vt ex referente agatur, non ex relato, *ex l. asse toto, ff. de hæred. instit. l. institutio talis, ff. de condit. instit. l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat. Casana. cons. 46. num. 31.* quem sequendo refert *Iosehp. Roman. cons. 37. nu. 227.* Y en mas rigurosos terminos se juzgò en la causa de Ixar, por la ratificacion que don Pedro el Señalero hizo en vn codicillo, de los vinculos contenidos en su testamento, aun dado que la escritura del testamento no fuesse solemne, teste Sesse *decis. 362. a num. 59. & decis. 376. a nu. 1.*

De que se sigue, que con la nueua disposicion hecha en este codicillo es llana la justicia del señor de Huerto, no obstante la simulacion pretendida de la vendicion y cessiō que don Pedro de Altarriba hizo en el reconocimiento, pues lo mas que dello puede resultar es, que doña Ysabel Diez de Aux fue siempre señora del lugar de Alfozea, y que pudo disponer del en su codicillo, como lo hizo, dando y atribuyendo nueuo titulo al señor de Huerto.

A que no obsta dezir, que esta parte no se incluye en su proposicion de firma con este codicillo, ni lo exhiuio dentro de los diez dias que dispone el fuero *querientes de firmis iur. super possess.* Porque suponiendo que en fuerça de la sentencia de lite pendente era, y es posseedor, y que como tal fue citado; le basta esta possession para obtener, ò porque la otra parte no se incluye en su proposicion de firma, por la regla, Actore non probante obtinet

is,

is, qui possidet, *l. 1. C. de alien. iudicij mut. caus. fact.* §. *retinenda, instit. de interdict. Surd. de alim. tit. 9. q. 12. num.7.* O porque el reo lo excluye con titulo contrario a su inclusion, que es el fin principal de las replicas. Y excluyendolo queda la possession del reo defendida. Y assi vemos, que aunque el aprehendiente no puede dar proposicion por otro titulo, *ad Moli. verbo appreben. fol. 37. vbi Port.* §. 3. *a nu.* 12. lo puede deduzir en replicas, para excluyr las proposiciones contrarias, vt receptũ est ex doctrina Portol. *vbi proxime num.* 31. Y en el que aprehende cum iustis sin especificar el titulo de su possessiõ, lo puede declarar en la proposicion. Y el que dio proposiciõ cum iustis, puede en replicas justificar su possession con titulo especial exclusiuo de las otras proposiciones; vt quotidie in praxi seruatur ex eodem Portol. *ibidem num.* 30. Porque el derecho de que ya no se puede valer agendo, por auerse passado el tiempo; lo puede allegar excipiendo, idẽ *Portol. d. nu.* 31. *&* *verbo executio, nu.* 46. ex regula tex. *in l. pure,* §. *fin. ff. de doli excep.* & facit Ant. Gom. *var. lib.* 2. *cap.* 14. *nu.* 8.

Y assi *en la decis.* 49. *de Monter*, donde trata esta materia, se decidio, que con solo las clausulas salutares de la replica ay capacidad para produzir nueuas escrituras que justifiquen la proposicion, y excluyan las otras proposiciones, *vt in d. decis. a n.* 5. segun la qual se ha juzgado en otras, como se aduierte *num.* 10.

Y en este processo tiene menos dificultad que esta parte se aya podido valer del codicillo sin auerlo traydo por inclusion. Porque la contraria en el artic. 82. de su replica *Summario pag.* 43. habla del, y lo impugna desta manera. *Que no obsta si se dixere, que doña Ysabel despues de la vẽdicion intento hazer vn testamento, o codicillo, y en aquel loaua la dicha vendicion. Porque fue hecho en el Castillo de Huerto estando so la proteccion del dicho don Pedro de Altarriba, y a persuasion suya, siendo donzella, y antes de casarse con el dicho don Carlos de Heredia.* Con que dio

ocasion

ocaſion a que eſta parte lo produxeſſe, como lo exhiuio juntamente con el teſtamento, para que cõſtaſſe dela voluntad de la dicha doña Yſabel, y que eſtaua ya caſada, como en el teſtamento lo afirma. Y juntando con eſto la clauſulas ſalutares de la propoſiciõ y replicas deſta parte, no queda razon de dudar, para que ſe pueda valer de todo lo produzido y prouado, vt in præallegat. *deciſio.* 49. *Monter, num.* 5. *in fin.* ibi, *Ita quod ſi aliquid in iudicio probetur, licet id propoſitum, aut articulum non fuerit, aut allegatum; talis tamen probatio, cooperante dictarum clauſularum calore, valeat, ſi virtualiter deductum apparuerit.*

Y como ya queda aduertido, aunque la propoſicion de firma del ſeñor de Huerto no habla del codicillo, replicô contra el doña Eſperança en el artic. 82. de ſu replica, con que eſta parte en el 7. de ſu triplica lo allegò, como lo pudo hazer ſegun la forma del dicho fuero *firm. iur. ſuper poſſ. col.* 3. *poſt princ.* in illis verbis, *E el reo paſſados los ditos diez dias, pueda dentro de otros diez dias, triplicar, y dezir lo que querra, contra lo replicado y triplicado por el actor.* Con que excluyendo como excluye eſte codicillo todo quanto en la replica contraria ſe allegò, que principalmente fue la pretenſa ſimulacion, y el reconocimiento otorgado por don Pedro de Alcarriba, el qual no perjudica al nueuo titulo del codicillo. Queda la fuerça del pleyto en las propoſiciones de firma de ambas partes, por las quales conſta es mejor el derecho del ſeñor de Huerto, a quien ſolo le baſta la poſſeſſion obtenida en la lite pendente con el titulo de la vendicion, cuyo contrario, que es la replica, eſta vencido con la triplica.

Finalmente, porque ſera cierto (aunque no lo he viſto) que la parte contraria reglaria ſu publicata como ſe acoſtumbra, con la clauſula, *Item de omnibus & ſingulis in præſenti proceſſu exhibitis, productis, & fide factis.* En que ſe comprehende lo exhiuido por eſta parte, y conſi-

F guien-

guientemente el codicillo, no obstante la clausula, *si, & in quantum*, porque essa no es releuante contra el hecho de la exhibita, paraque esta parte se pueda valer della, como se decidio en el caso de la *decis. 49. de Monter, vt in ea num. 11.* & pauci dies sunt ex multis comprobaui in Allegatione impressa in causa de Purroy, *pag. 29. vers. lo qual procede.*

Y rematando el discurso parece, que por todo lo dicho es clara la justicia del señor de Huerto. Salua Dominorum meorum integerrima censura. Enero 16. de 1644.

Gonçalez de Leon.